

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 133/27.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά : α) της υπ' αριθμ. 779/30.11.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί μη έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/2.11.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με την αξιολόγηση των εξηγήσεων κατ' άρθρον 88 του ν. 4412/2016 (εφεξής η «πρώτη προσβαλλόμενη») και β) της υπ' αριθμ. 845/21.12.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί συμπλήρωσης της υπ' αριθμ. 779/2021 απόφασης και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «δεύτερη προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...», «...», «...», «...», «...», «...» και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 347/2022

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 4.840 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24.01.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 967.741,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον παρεμβαίνοντα ως προς την υποχρέωση συμπερίληψης του δικαιώματος προαίρεσης στον υπολογισμό του ύψους του παραβόλου τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΔΗΜΟΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ ΔΗΜΟΥ ... 2020-2021», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 2.400.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 26.07.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 24.01.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για

Αριθμός απόφασης: 347/2022

του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.01.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 26.01.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 147/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 3.02.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 7.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 770/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 8.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

Αριθμός απόφασης: 347/2022

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, ο οποίος υπέβαλε τις με αριθμ. συστήματος 215751 και 215111 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 1/16.08.2021 Πρακτικό διαμορφώθηκε ο ακόλουθος πίνακας μειοδοσίας

1. Παρεμβαίνων 25,50%
2. Προσφεύγων 23,05%
3. ... 14,05%
4. ... 12,00%
5. ... 7,03%
6. ... 6,50%
7. ... 5,50%
8. ...

και η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την κλήση του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος να παρέχουν εξηγήσεις βάσει του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 καθώς οι οικονομικές τους προσφορές εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων. Με την υπ' αριθμ. 524/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό. Κατόπιν δε της με αριθμ. πρωτ. 29348/21.09.2021 κλήσης της αναθέτουσας αρχής, την 8.10.2021 και την 12.10.2021 υποβλήθηκαν τα σχετικά έγγραφα από τον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αντιστοίχως. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/2.11.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και αφετέρου την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος και την ανακήρυξη του ως προσωρινού αναδόχου. Με την πρώτη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 779/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό και με την υπ' αριθμ. 845/2021 δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής συμπληρώθηκε η

Αριθμός απόφασης: 347/2022

υπ' αριθμ. 779/2021 απόφαση και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, εφόσον κριθεί μη νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται από αυτόν ισχυρισμοί περί απόρριψης των προσφορών των

Αριθμός απόφασης: 347/2022

οικονομικών φορέων«...», «...», «...», «...», «...» και «...», διότι οι προσφορές τους έπονται του προσφεύγοντος σε σειρά μειοδοσίας. Κατά πάγια δε νομολογία, προβάλλονται χωρίς έννομο συμφέρον λόγοι, όταν η αποδοχή τους σε κάθε περίπτωση δεν άγει στην υπέρ του αιτούντος κατακύρωση του αποτελέσματος του ένδικου διαγωνισμού (ΣΤΕ 4307/2011,ΕΑ ΣΤΕ 206/2011, 436/2011 και 324/2006). Επισημαίνεται ότι οι εν λόγω οικονομικοί φορείς δεν έχουν ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων. Αβασίμως ο προσφευγων προβάλλει στο υπόμνημά του ότι θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής στην επιδίωξη οριστικής εξόντωσης του ανταγωνισμού. Και τούτο διότι εκ των διατάξεων της εθνικής και ενωσιακής νομολογίας αλλά και την ισχύουσα νομολογία συνάγεται προδήλως ότι η ζημία του προσφεύγοντος και συνακολούθως το έννομο συμφέρον του για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής αφορά και συνδέεται άμεσα με την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Συνεπώς, εν προκειμένω, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προδικαστικής προσφυγής του, ο προσφεύγων, ως προσωρινός ανάδοχος, δεν υφίσταται οιαδήποτε ζημία σχετικά με την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, καθώς θα ίσταται προσωρινός ανάδοχος και θα παραμένει έως ότου και αν τούτο δεν ανατραπεί δικαστικώς. Ομοίως για τους ίδιους λόγους, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προδικαστικής προσφυγής του προσφεύγοντος, η τυχόν μελλοντική ανατροπή της ευνοικής για αυτόν θέσης και η μη κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτόν δεν θεμελιώνει την παρούσα χρονική στιγμή έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των διαγωνιζομένων που επόνται σε σειρά μειοδοσίας, εφόσον αυτή η ζημία δεν συνδέεται συγχρόνως και άμεσα με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις και τον κίνδυνο απώλειας της ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης, δοθέντος ότι η επικαλούμενη σε αυτήν την περίπτωση ζημία του προσφεύγοντος είναι μελλοντική και αβέβαιη και άρα μη δυνάμενη για το λόγο αυτό να θεμελιώσει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, το οποίο πρέπει να είναι άμεσο, ενεστώς και παρόν και ιδίως καθόσον σε κάθε περίπτωση ουδόλως αποστερείται ο προσφεύγων της

Αριθμός απόφασης: 347/2022

δικονομικής του δυνατότητας να παρασταθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ και του αρμόδιου Δικαστηρίου και να επιδιώξει την ανατροπή της απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί μη οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού σε αυτόν

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος και δοθέντος ότι ο προσφεύγων επικαλείται την επιδίωξή του για ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. και όλων των λοιπών συμμετεχόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές. Και τούτο διότι, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Επιπροσθέτως, με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλλει, με την ταυτοχρόνως

Αριθμός απόφασης: 347/2022

ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου».

13. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος [...]»

14. Επειδή το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18».

15. Επειδή το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική

Αριθμός απόφασης: 347/2022

επιστολή συμμετοχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2.[...] 5α. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης.[...].».

16. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού [...] Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων

Αριθμός απόφασης: 347/2022

από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπνώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν.

Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο.

Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος.

Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής.

Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία», ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης.

Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016 [...].».

17. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

Αριθμός απόφασης: 347/2022

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

18. Επειδή η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις των Ενωσιακών Οδηγιών, αλλά αποτελεί αόριστη αξιολογική έννοια (βλ Δ. Ράικος Δημόσιες Συμβάσεις, σελ. 858). Ως εκ τούτου, πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της, (βλ. Απόφ. Γεν. Δικαστ. υπόθ. T-495/04, σκέψη 94). Εφόσον όμως δεν καθορίζεται στις οδηγίες ο τρόπος υπολογισμού του ορίου πέραν του οποίου υφίσταται αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά, εναπόκειται στα κράτη-μέλη και στις αναθέτουσες αρχές να καθορίσουν τον τρόπο υπολογισμού αυτού του ορίου. Ωστόσο, οι οδηγίες αλλά και ο νόμος 4412/2016 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώσει την ύπαρξη της όχι μόνο σε αυτές τις προσφορές που είναι έκδηλα υπερβολικά χαμηλές αλλά και σε αυτές που φαίνονται σε αυτήν ως αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά (ΔΕΚ Απόφ. C-103/88, σκ. 27). Η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως από την αναθέτουσα αρχή αλλά καθορίζεται με αναφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες του υπό εκτέλεση έργου. Η δε κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 1077/2016, ΕΣ Τμ. IV Πράξεις 3/2017, 21/2016) και πλέον υπάγεται στον έλεγχο της ΑΕΠΠ, (ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 5).

19. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εφόσον κρίνει μια προσφορά ως αδικαιολόγητα χαμηλή, οφείλει να ζητήσει διευκρινίσεις από τον προσφέροντα αποστέλλοντας πρόσκληση. Η πρόσκληση προς τον προσφέροντα και οι διευκρινίσεις από αυτόν, συνιστούν έναν κατ'

Αριθμός απόφασης: 347/2022

αντιπαράθεση διάλογο διεξαγόμενο σε εύθετο χρόνο (βλ. Δ. Ράικος Δημ. Συμβάσεις, σελ 862), ώστε ο προσφέρων να αποδείξει ότι η προσφορά του είναι σοβαρή ενώ και η αναθέτουσα αρχή να μην καταλήξει σε αυθαίρετες εκτιμήσεις, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C- 599/10 σκ. 29, C-285/99 & 286/99 σκ.57). Ο προσφέρων δύναται να υποβάλει όλες τις διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες, με βάση την φύση και τα χαρακτηριστικά της σύμβασης, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-568/13 σκ. 50), οι οποίες δεν είναι εξαντλητικές ούτε επιτρέπεται ο αποκλεισμός ορισμένων ειδών διευκρινίσεων, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-599/10 σκ. 28, Υπόθ. C- 285/99 & 286/99 σκ. 82, 83, 85). Η αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής προφανώς πρέπει να λαμβάνει τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία ενώ δεν είναι δεσμευτικές οι όποιες γενικές κρίσεις π.χ. περί συνήθους ποσοστού έκπτωσης, περί αντίστοιχων πρότερων συμβάσεων της ίδιας ή άλλων αναθετουσών αρχών σε ίδιο αντικείμενο, περί επιχειρηματικής απόφασης επέκτασης δραστηριοτήτων ή απόκτησης εμπειρίας κλπ (βλ. ΑΕΠΠ 979/2018)».

20. Επειδή η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στην οποία ενσωματώνεται και σκέλος περί αποδοχής ή απόρριψης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, θα πρέπει να είναι ειδικά αιτιολογημένη τόσο με όσα ο προσφέρων επικαλέστηκε και προσκόμισε με τις εξηγήσεις του, όσο και με όσα έπρεπε να αποδειχθούν (βλ. ΑΕΠΠ 720/2020, 158/2019).

21. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί η απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, που συνιστά εισήγηση προς το κατά περίπτωση αποφασίζον όργανο, έχει τη φύση απλής γνώμης του εν λόγω διοικητικού οργάνου (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 698/2017). Η δε πράξη του οργάνου που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα, εφόσον έχει διαφορετικό περιεχόμενο από την απλή γνωμοδότηση, πρέπει να είναι ειδικά αιτιολογημένη (ΣΤΕ 3897/2004).

22. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 απέρριψε σιωπηρώς τις παρασχεθείσες εξηγήσεις του χωρίς να παραθέσει τους λόγους για τους οποίους παρέκλινε από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού.

23. Επειδή, εκ των προσβαλλόμενων αποφάσεων ουδόλως προκύπτει με σαφήνεια ότι η προσφορά του προσφεύγοντος έχει απορριφθεί, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, η δε αναθέτουσα αρχή το πρώτον με τις απόψεις της δηλώνει ρητώς ότι έχει κρίνει μη αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος και αναφέρει ότι οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος εμπεριέχονται στην αιτιολογία της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης περί μη έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/2.11.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού. Ωστόσο, ως σαφώς προκύπτει από το περιεχόμενο της εν λόγω αιτιολογίας, αυτή περιλαμβάνει αποκλειστικά τους λόγους για τους οποίους δεν κρίνεται αποδεκτή από την Οικονομική Επιτροπή η εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, παραπέμποντας μάλιστα στο συγκεκριμένο σημείο της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού που αφορά τους λόγους μη αποδοχής των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος (σελ. 17 της πρώτης προσβαλλόμενης με παραπομπή στη τεκμηρίωση της Επιτροπής). Ως εκ τούτου, είναι προδήλως ευνόητο ότι η αιτιολογία της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης περί μη έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/2.11.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν δύναται λογικώς να θεωρηθεί συγχρόνως και ως αιτιολογία της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, δοθέντος ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε αποδεκτές τις εξηγήσεις του προσφεύγοντος για συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι δεν ταυτίζονται με τους λόγους για τους οποίους αντιστρόφως κρίθηκαν μη αποδεκτές οι εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος. Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 21, η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποφασίσει διαφορετικά από τη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, εφόσον τούτο αιτιολογείται πλήρως, ειδικώς και επαρκώς, εν προκειμένω όμως, απουσιάζει παντελώς τέτοια αιτιολογία στην πρώτη προσβαλλόμενη ως προς το σκέλος που αφορά τη μη έγκριση της κρίσης της Επιτροπής Διαγωνισμού ως προς την αποδοχή των εξηγήσεων του προσφεύγοντος. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επαναλαμβάνει με την προσφυγή του την ανάλυση του κόστους της οικονομικής του προσφοράς που παράθεσε ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού, δεδομένου ότι οι εν λόγω εξηγήσεις αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού ως

Αριθμός απόφασης: 347/2022

αποδεκτές και απορρίφθηκαν εν συνεχεία από την αναθέτουσα αρχή, η δε ΑΕΠΠ ελέγχει μόνον τη νομιμότητα της αιτιολογίας περί αποδοχής ή μη των εξηγήσεων των διαγωνιζομένων και δεν υπεισέρχεται σε πρωτογενή κρίση επί αυτών. Επομένως, εκ των προεκτεθέντων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή σιωπηρώς, άλλως με ελλιπή και πλημμελή αιτιολογία έκρινε μη αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, εφόσον κρίνεται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς μόνον του παρεμβαίνοντος που προηγείται αυτού σε σειρά μειοδοσίας. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αποδοχή των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος από την αναθέτουσα αρχή είναι μη νομίμως αιτιολογημένη.

25. Επειδή, ως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 2/2.11.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού από την αξιολόγηση των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος βάσει του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 διαπίστωσε τα ακόλουθα : «1. ΔΕΝ εξηγούνται επαρκώς: • Η μέθοδος κατασκευής του έργου. • Ο τρόπος και η μεθοδολογία υλοποίησης του Αντικειμένου της Σύμβασης καθώς και ποιες τεχνικές λύσεις επιλέχθηκαν ώστε αυτές να αιτιολογούν τη χαμηλή προσφορά σύμφωνα με την παρ.2 α του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. • Εκτός από την αποδεδειγμένη εμπειρία, η οποία προκύπτει από τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά εμπειρίας, συμβάσεις και πρωτόκολλα παραλαβής έργων οδοποιίας ΔΕΝ αναφέρεται η ύπαρξη τυχόν εξαιρετικά ευνοϊκών συνθηκών που διαθέτει ο προσφέρων για την εκτέλεση του έργου στον Δήμο ... (όπως εύκολη πρόσβαση σε υλικά που χαμηλώνει το κόστος, τυχόν ελαχιστοποίηση κόστους μεταφοράς, κλπ.) τα οποία δικαιολογούν τη μείωση του κόστους και του χρόνου κατασκευής ή άλλες συνθήκες που μειώνουν τα σταθερά ή και τα μεταβλητά έξοδα του αναδόχου σύμφωνα με την παρ.2 β του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. • Αντιθέτως, από τις υποβληθείσες προς την εταιρεία προσφορές υλικών, προκύπτει ότι οι

Αριθμός απόφασης: 347/2022

προμηθευτές της εταιρείας βρίσκονται εκτός της περιοχής του έργου σε σημαντική απόσταση από τον τόπο εκτέλεσής του χωρίς να αναφέρονται η λήψη απαραίτητων μέτρων για την εξασφάλιση της απαραίτητης θερμοκρασίας του ασφαλτομίγματος κατά το χρόνο διάστρωσής του. 2. Δεν αναλύει τη συμμόρφωση με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του Νόμου 4412/2016 ,όπως ισχύει. Κατά τον έλεγχο της συμφωνίας των τευχών της σύμβασης ως προς τους περιβαλλοντικούς όρους σε ότι αφορά τις θέσεις απόθεσης γαιών, ακατάλληλων υλικών καθαιρέσεων ,δάνειων θραυστών υλικών λατομείου (ομάδα ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΑ), έχουμε διαπιστώσει, ότι στην αιτιολόγηση της προσφοράς ΔΕΝ αναφέρονται οι συγκεκριμένοι χώροι για απόθεση των παραπάνω υλικών και ποια θα είναι η πιστοποιημένη Μονάδα Παραλαβής και Επεξεργασίας ΑΕΚΚ, καθώς και η απόσταση μεταφοράς των αποβλήτων. 3. Από την αιτιολόγηση της προσφοράς ΔΕΝ προκύπτει η εφαρμογή κάποιας πρωτοτυπίας στις μεθόδους και πρακτικές στην κατασκευή με τη συνεπαγόμενη δυνατότητα μείωσης του κόστους του έργου και ΔΕΝ αναφέρεται ο τρόπος οργάνωσης και ανάπτυξης του έργου.

4. Στην αιτιολόγηση της Τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ΔΕΝ αναλύονται όλες οι παραδοχές που αφορούν αποδόσεις μηχανημάτων και προσωπικού και οι βάσεις δεδομένων που υποστηρίζουν τις αντίστοιχες επιλογές και τη συμβατότητα αυτών με τυχόν προβλέψεις και περιορισμούς των τευχών της σύμβασης και τις διάφορες αδειοδοτήσεις – μελέτες σύμφωνα με την Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων. 5. Ο υπολογισμός του κόστους των Γενικών Εξόδων του έργου (σε ποσοστό 12%) επί του άμεσου κόστους εργασιών και δεν αναλύεται σύμφωνα με την εγκύκλιο 9/2017 χωρίς καμία αιτιολόγηση ούτε ως προς το ύψος τους ούτε ως προς τον προϋπολογισμό αναφοράς. [...] Κατά τον έλεγχο προσφορών των προμηθευτών [...] Εκτός από τις μελέτες σύνθεσης ασφαλτικού σκυροδέματος ΑΣ 31,5 και ΑΣ 20 του εργαστηρίου ... με έδρα ... προς την εταιρεία ... από 5-11-2020 και την προσφορά της εταιρείας ... προς εταιρεία ... από 12-08-2021 με έδρα Μαρούσι, στην οποία όμως δεν αναφέρεται ο τίτλος του έργου, είναι ανυπόγραφη, χωρίς πιστοποίηση ΕΛΟΤ- ISO και κρίνεται άκυρη, όλες οι υπόλοιπες υποληφθείσες προσφορές έχουν

Αριθμός απόφασης: 347/2022

ημερομηνία μεταγενέστερη του διαγωνισμού στις 16-08- 2021. Συγκεκριμένα :

- Μελέτη σύνθεσης ασφαλτικού σκυροδέματος ΑΣ 31,5 (22-09-2020 της ... για την ...) από 5-11-2020, με πιστοποίηση κατά ΕΛΟΤ, υπογεγραμμένη, με ISO.
- Μελέτη σύνθεσης ασφαλτικού σκυροδέματος ΑΣ 20 (22-09-2020 της ... για την ...) από 5-11-2020 ,με πιστοποίηση κατά ΕΛΟΤ, υπογεγραμμένη, με ISO.
- Ενημερωτικό δελτίο τιμής ασφάλτου από ... προς ... από 12-08-2021 (έδρα ..., δεν αναφέρεται ο τίτλος του έργου, ανυπόγραφο, χωρίς πιστοποίηση ΕΛΟΤ- ISO. ΑΚΥΡΗ)
- Προσφορά από 6-10-2021 (έδρα ..., χωρίς μεταφορά)
- Προσφορά ... από 6-10-2021 (έδρα ..., με μεταφορά στον τόπο του έργου – δεν αναφέρεται ο τίτλος του έργου, χωρίς πιστοποίηση κατά ΕΛΟΤ-ISO)
- Προσφορά ... από 5-10-2021 (έδρα ..., οι τιμές ισχύουν για παράδοση στην Κατερίνη, δεν αναφέρεται ο τίτλος του έργου, ανυπόγραφο, χωρίς πιστοποίηση ΕΛΟΤ- ISO. ΑΚΥΡΗ)
- Προσφορά ... από 5-10-2021 (έδρα ... με μεταφορά, με τίτλο του έργου, χωρίς πιστοποίηση ΕΛΟΤ-ISO)
- Προσφορά ... από 28-09-2021 (χωρίς μεταφορά απόαπόσταση ... 99,00χλμ, - με τίτλο, με πιστοποίηση της μονάδας παραγωγής)
- Προσφορά ... από 28-09-2021 (έδρα ..., χωρίς τίτλο του έργου, χωρίς μεταφορά, χωρίς πιστοποιητικό κατά ΕΛΟΤ- ISO)
- Προσφορά ... από 5-10-2021 (έδρα ... με τον τόπο παράδοσης ..., χωρίς μεταφορά για τον τόπο του έργου, χωρίς τίτλο έργου-πιστοποιητικά κατά ΕΛΟΤ- ISO)

ΔΕΝ υποβλήθηκαν προσφορές για τα υλικά και παροχές υπηρεσιών ,που προβλέπονται με τη μελέτη για τις ομάδες ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΑ, ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ,ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, ΣΗΜΑΝΣΗ-ΑΣΦΑΛΕΙΑ. [...] Στη βασική δομή του κόστους του αντικειμένου της σύμβασης έργου

ΔΕΝ περιλαμβάνονται τα παρακάτω στοιχεία ή εξηγήσεις για το κόστος : 1. Των αναλώσιμων υλικών 2. Των καυσίμων και ενέργειας 3. Των μηχανημάτων 4. Της αμοιβής των υπεργολάβων βάσει των προσφορών τους 5. Της αμοιβής

Αριθμός απόφασης: 347/2022

του προσωπικού του εργοταξίου 6. Οι μισθώσεις μηχανημάτων-μεταφορικών μέσων-εξοπλισμού 7. Τα διάφορα Γενικά Έξοδα 8. Το κόστος συντήρησης ΔΕΝ υπολογίστηκε : • Το κόστος απασχόλησης του απαραίτητου για την κατασκευή του έργου επιστημονικού, τεχνικού και βοηθητικού προσωπικού, κατά κατηγορία • Δικαιολογητικά για τη συμμόρφωση με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας• Το κόστος των προβλεπόμενων μετακινήσεων από Δ.Ε. σε Δ.Ε. και εκτός έδρας δαπανών • Το κόστος ίδρυσης εργοταξίου Στα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, ΔΕΝ δίνονται εξηγήσεις για το κόστος των χρησιμοποιούμενων υλικών σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές και την ποιότητά τους: • συγκεκριμένα η επιβάρυνση για την μεταφορά των αποβλήτων εκσκαφών, κατασκευών και κατεδαφίσεων (ΑΕΚΚ) που εμπίπτουν στα «άλλα προϊόντα» του Νόμου 2939/01 (ΦΕΚ 179 Α). • το κόστος μεταφοράς-παράδοσης όλων των υλικών στον τόπο του έργου,όπου δεν αναφέρονται στις σχετικές προσφορές προς το διαγωνιζόμενο.

Για την κοστολόγηση του έργου επιλέχτηκαν, από τον Προϋπολογισμό μόνο τα άρθρα με τη μεγαλύτερη δαπάνη, τα οποία αθροιστικά υπερβαίνουν το 85% της συνολικής δαπάνης των ομάδων του αρχικού προϋπολογισμού και έτσι στον πίνακα ανάλυσης κόστους έργου ΔΕΝ κοστολογούνται δαπάνες για τις ομάδες εργασιών : χωματουργικά-οδοστρωσία-υδραυλικά-σήμανση-ασφάλεια. Εκτός αυτού, για τον υπολογισμό του κόστους της προσφοράς για το δημοπρατούμενο έργο [...] ΛΑΝΘΑΣΜΕΝΑ έχει προσθέσει και τις ποσότητες εργασιών του προαιρετικού έργου με αποτέλεσμα η οικονομική τής προσφορά, που υποβλήθηκε κατά το στάδιο διαγωνισμού στις 13-08-2021 ποσού 721.286,67 € χωρίς ΦΠΑ μετά την έκπτωση 25,50% ΝΑ ΕΙΝΑΙ ΔΙΑΦΟΡΕΤΙΚΗ από το κόστος των εργασιών ύψους 1 141 095,45 € (εκροές), όπως αυτό το παρουσιάζεται στον πίνακα «ΕΛΕΓΧΟΣ ΚΟΣΤΟΣ ΕΡΓΟΥ», που υποβλήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης στις 12-10-2021» και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

26. Επειδή, εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση, έκρινε, κατά πλειοψηφία, μη αποδεκτή την ως άνω εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί μη αποδοχής της των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος με την ακόλουθη αιτιολογία (-η οποία είναι η μόνη αιτιολογία που παρατίθεται στην πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση και, κατά τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αιτιολογεί και τη μη εκ μέρους της έγκριση της γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού ως προς το σκέλος με το οποίο κρίθηκαν αποδεκτές οι εξηγήσεις του προσφεύγοντος-):

« ... Ότι δεν εξηγείται επαρκώς η μέθοδος κατασκευής του έργου. Με αυτή και μόνο την αιτιολόγηση δεν γίνεται δεκτός ο ισχυρισμός, διότι είναι όχι απλά αόριστος αλλά δεν αναφέρεται αιτιολογία, είναι χωρίς σκεπτικό γιατί δεν εξηγείται η μέθοδος κατασκευής του έργου. Άλλωστε, τι να επεξηγηθεί ως προς τη μέθοδο κατασκευής καθόσον πρόκειται για απλές και όχι εξειδικευμένες σύμφωνα με την προκήρυξη ασφαλικές εργασίες, οι οποίες είναι οι συνήθειες και όχι ιδιαίτερες, εξειδικευμένες και σπάνιες.

- *Ομοίως η ίδια αιτιολόγηση και στον επόμενο λόγο, ... ότι δεν αναφέρεται η ύπαρξη τυχόν εξαιρετικά ευνοϊκών συνθηκών που διαθέτει ο προσφέρων για την εκτέλεση του έργου ...Δεν είναι έργο μοναδικό και εξειδικευμένο για να κριθεί η αναφορά της ύπαρξης αυτών των ευνοϊκών συνθηκών. Άλλωστε αν το έργο ήταν μοναδικό προφανώς λόγω της εξειδίκευσής του θα είχε και πολύ πιο χαμηλό ποσοστό έκπτωσης σύμφωνα με τους κανόνες της κοινής μέσης λογικής.*

- *Ομοίως στον επόμενο λόγο, ... ότι δεν αναφέρεται η λήψη απαραίτητων μέτρων για την εξασφάλιση της απαραίτητης θερμοκρασίας του ασφαλομίγματος κατά το χρόνο διάστρωσης... Δεν προκύπτει από την προκήρυξη να υπάρχει ως προϋπόθεση. Αντιθέτως μάλιστα αφαιρέθηκε ο όρος που υπήρχε ότι σε απόσταση 40 χιλμ από το χώρο εκτέλεσης του έργου να υπάρχει εργοτάξιο, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στο να συμμετάσχουν όσο το δυνατόν περισσότεροι υποψήφιοι στον διαγωνισμό και να επιτευχθεί η καλύτερη δυνατή προσφορά.*

- *Ομοίως ο επόμενος λόγος ...ότι δεν αναφέρονται οι συγκεκριμένοι χώροι για αποθήκευση υλικών κλπ, δεν λογίζεται ως βάσιμος καθόσον ο λόγος αυτός*

Αριθμός απόφασης: 347/2022

δεν σχετίζεται με το σκοπό της γνωμοδότησης της επιτροπής, καθόσον δε σχετίζεται με το κοστολόγιο προσφοράς που καλούμαστε να αξιολογήσουμε.

- Ομοίως στον επόμενο λόγο ...ότι δεν προκύπτει η εφαρμογή κάποιας πρωτοτυπίας στις μεθόδους και πρακτικές κατασκευής κλπ. ομοίως η ίδια αιτιολογία ως προς την έλλειψη της οποιαδήποτε πρωτοτυπίας ή εξειδίκευσης στη μεθοδολογία των ασφαλικών εργασιών όπως ανωτέρω.

- Ομοίως στους επόμενους δύο λόγους α) της έλλειψης μη ανάλυσης όλων των παραδοχών των αποδόσεων των μηχανημάτων και β) του μη υπολογισμού του κόστους εργασιών ως προς την ανάλυση του με την εγκύκλιο 9/2017 θα έπρεπε να ορίζουν ποια είναι αυτά που δεν υπάρχουν ώστε να μπορέσει και η εταιρεία να τα διευκρινίσει καθόσον αόριστα και γενικόλογα γίνεται αναφορά ενώ υπάρχουν πως δεν αναλύονται.

- Ως προς τον λόγο στην κατηγορία του ελέγχου προσφοράς και την ετεροχρονολόγηση της προσφοράς γίνονται δεκτές οι εξηγήσεις της εταιρείας ως προς την άνοδο και κάθοδο του ύψους τιμών και της αιτιολόγησης του μεταγενέστερου της χρονολογίας του διαγωνισμού ».

- Ως προς τον έλεγχο κόστους του έργου και στους δύο λόγους που αναφέρει η γνωμοδοτική επιτροπή και ειδικότερα στον 1ο ότι δεν δίνονται εξηγήσεις για το κόστος των χρησιμοποιούμενων υλικών σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές και την ποιότητα (συγκεκριμένα αναφέρεται ότι δεν κοστολογούνται ανά ομάδα χρωματουργικά υδραυλικά κλπ) δεν θα πρέπει να γίνει δεκτός ο σχηματισμός αυτός εφόσον υπάρχει κοστολόγηση στο σύνολο του έργου αναγκαστικά συμπεριλαμβάνεται και το μέρος αυτών. Και ως προς τον 2ο λόγο ότι για τον υπολογισμό του κόστους προσφοράς έχουν προστεθεί λανθασμένα και οι ποσότητες εργασιών του προαιρετικού έργου με αποτέλεσμα η οικονομική προσφορά να είναι διαφορετική ,προτείνω την απόρριψη του ομοίως και για το ότι ο υπολογισμός είναι επί του συνόλου του έργου όπως και η συμμετοχή των αντίστοιχων πτυχίων». Ωστόσο, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, η ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής είναι πλημμελής και νομικά εσφαλμένη. Και τούτο διότι, καταρχάς, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 σαφώς απαιτεί οι εξηγήσεις των διαγωνιζόμενων να περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, τη μέθοδο κατασκευής του έργου, τα δε

Αριθμός απόφασης: 347/2022

περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον παρεμβαίνοντα τυγχάνουν απορριπτικά ως αβάσιμα, πολλώ μάλλον διότι, εν προκειμένω, Επιτροπή Διαγωνισμού σαφώς επεξηγεί τη σχετική κρίση της περί μη επαρκούς ανάλυσης από τον παρεμβαίνοντα του εν λόγω ζητήματος αναφέροντας ότι θα έπρεπε να εξηγηθούν από τον παρεμβαίνοντα ο τρόπος και η μεθοδολογία υλοποίησης του συμβατικού αντικειμένου καθώς και ποιες τεχνικές λύσεις επιλέχθηκαν προκειμένου να αιτιολογηθεί το διαπιστωθέν χαμηλό κόστος κατασκευής και συνακόλουθα το χαμηλό ποσοστό έκπτωσης. Ακόμη δε και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι το συμβατικό αντικείμενο περιλαμβάνει απλές, μη εξειδικευμένες ασφαλικές εργασίες, ως αναποδείκτως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, ουδόλως το γεγονός αυτό επιδρά επί της υποχρέωσης επεξήγησης από τον διαγωνιζόμενο της επιλεγείσας τεχνικής λύσης και του τρόπου που εξ' αυτής της επιλογής μειώνεται το κόστος κατασκευής. Περαιτέρω, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι, κατά το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, ο παρεμβαίνων όφειλε να αναλύσει τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει και που δικαιολογούν το προσφερόμενο από αυτόν χαμηλό ποσοστό έκπτωσης, η δε κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι το έργο δεν είναι μοναδικό και εξειδικευμένο ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς οι σχετικές εξηγήσεις δεν τελούν σε συνάρτηση του βαθμού δυσκολίας των εργασιών και της όποιας μοναδικότητας του έργου. Ομοίως, η κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι δεν τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή η λήψη απαραίτητων μέτρων για την εξασφάλιση της απαραίτητης θερμοκρασίας του ασφαλομίγματος κατά το χρόνο διάστρωσης ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, δοθέντος ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν έκρινε ότι ο παρεμβαίνων δεν πληροί την εν λόγω απαίτηση αλλά ότι εκ των εξηγήσεων του προκύπτει ότι οι προμηθευτές του βρίσκονται σε μεγάλη απόσταση με αποτέλεσμα να δημιουργείται επιπρόσθετο κόστος μεταφοράς, το οποίο θα όφειλε ο παρεμβαίνων να αιτιολογήσει. Βασίμως δε ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι εκ του ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου η μεταφορά του ασφαλομίγματος δεν πρέπει να υπερβαίνει τα 40 χλμ από την έδρα της αναθέτουσας αρχής, ενώ ο παρεμβαίνων συνομολογεί ότι οι αποστάσεις που θα διανυθούν υπερβαίνουν τα 70 χλμ καθώς και ότι η

Αριθμός απόφασης: 347/2022

ασφαλτόστρωση θα πρέπει να προγραμματιστεί σε περιόδους με αίθριες καιρικές συνθήκες. Επίσης, αβασίμως η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι η μη αναφορά από τον παρεμβαίνοντα των αποθηκευτικών χώρων δεν επιδρά στο κόστος της προσφοράς, δοθέντος ότι, ως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή Διαγωνισμού, οι κατ' άρθρον 88 του ν. 4412/2016 εξηγήσεις πρέπει να περιλαμβάνουν και τη συμμόρφωση με τις περιβαλλοντικές απαιτήσεις, ως ορίζει το άρθρο 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016, σε κάθε δε περίπτωση, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η μεταφορά των υλικών σε αδειοδοτημένους χώρους απόθεσης συνεπάγεται σημαντικό κόστος, το οποίο δεν έχει συμπεριλάβει ο παρεμβαίνων στις εξηγήσεις του, ως άλλωστε συνομολογεί και ο ίδιος, ενώ απαραδέκτως το πρώτον με την παρέμβαση προσκομίζονται στοιχεία προς αιτιολόγηση του σχετικού κόστους. Ως προς δε τη μνεία της αναθέτουσας αρχής ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν αναφέρει τις συγκεκριμένες ελλείψεις στοιχείων του παρεμβαίνοντος ως προς τις παραδοχές των αποδόσεων των μηχανημάτων και του κόστους εργασιών, επισημαίνεται ότι, η Επιτροπή Διαγωνισμού σαφώς και ρητώς παραπέμπει στις συγκεκριμένες προβλέψεις των τευχών δημοπράτησης και της ΕΣΥ αλλά και στην εγκύκλιο 9/2017 ως προς τα στοιχεία τα οποία έπρεπε να αναλυθούν από τον παρεμβαίνοντα και άρα δεν τίθεται ζήτημα οιαδήποτε αοριστίας της κρίσης της. Πέραν των ανωτέρω, ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν έλαβε υπόψιν τις προσφορές των προμηθευτών του παρεμβαίνοντος που φέρουν ημερομηνία μετά την υποβολή της προσφοράς, η δε περί του αντιθέτου κρίση της αναθέτουσας αρχής είναι νομικώς εσφαλμένη καθώς προδήλως η διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς ερείδεται επί πραγματικών στοιχείων και πραγματικών οικονομικών μεγεθών που έχει στη διάθεση του ο συμμετέχων και όχι επί μελλοντικών, νέων ή/ και υποθετικών δεδομένων, η δε ασφάλεια δικαίου επιβάλλει να υφίσταται ένα αντικειμενικά σταθερό σημείο κατά το οποίο να υπολογίζεται το κόστος του έργου, ήτοι ο χρόνος υποβολής των προσφορών. Αβασίμως δε και αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι οι συμφωνίες με τους προμηθευτές είναι σε προφορικό επίπεδο, ενώ απαραδέκτως προσκομίζονται το πρώτον με την παρέμβαση βεβαιώσεις περί ισχύος των προσφορών κατά το χρόνο του διαγωνισμού, ήτοι στοιχεία τα

Αριθμός απόφασης: 347/2022

οποία δεν υποβλήθηκαν με την προσφορά και τις εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, αβασίμως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι αρκεί η συνολική κοστολόγηση από τον παρεμβαίνοντα, καθώς η αιτιολόγηση κατά το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 αφορά και τα επιμέρους κόστη, οι δε αιτιάσεις της περί ασαφούς κλήσης προβάλλονται αλυσιτελώς δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή εδύνατο, μετά τη διατύπωση της γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, να ανακαλέσει τη σχετική κλήση, αν τη θεωρούσε πλημμελή και να απευθύνει νέα κλήση με το ορθό κατά τη κρίση της περιεχόμενο, το οποίο όμως ουδόλως επράξε. Ομοίως, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται νομολογία περί αόριστης κλήσης η οποία δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω διότι, ως σαφώς προκύπτει από την πρόσκληση, ο χαρακτηρισμός της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως ασυνήθιστα χαμηλής δεν ερείδεται σε συγκεκριμένα κόστη ή ποσοστά έκπτωσης εργασιών που η Επιτροπή Διαγωνισμού θεώρησε κατόπιν ενός πρώτου ελέγχου ότι δεν επαρκούν για τις ανάγκες του έργου αλλά επί τη βάση του προβλεπόμενου από το άρθρο 88 παρ. 3 και τον όρο 4.1 της πρόσκλησης τεκμηρίου περί απόκλισης μεγαλύτερης των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν στο διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, δεν απαιτείτο η παράθεση στην πρόσκληση συγκεκριμένων κονδυλίων ή ποσοστών έκπτωσης για τα οποία ειδικώς απαιτείται να αιτιολογηθεί η προσφορά του παρεμβαίνοντος, αλλά ο παρεμβαίνων όφειλε να αποδείξει επί τη βάση ποίων συγκεκριμένων στοιχείων της προσφοράς του αιτιολογείται η διαπιστωθείσα μεγάλη απόκλιση του προσφερόμενου από αυτόν συνολικού ποσοστού έκπτωσης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 188/2022). Τέλος, εσφαλμένως ο παρεμβαίνων συμπεριέλαβε στις εξηγήσεις του κόστους της προσφοράς του και τον χρόνο μετά την ενεργοποίηση της προαίρεσης, το οποίο όμως αποτελεί δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής και η ενεργοποίησή του εναπόκειται αποκλειστικώς στη διακριτική της ευχέρειας, με αποτέλεσμα ο υπολογισμός του κόστους από τον παρεμβαίνοντα με τις παρασχεθείσες εξηγήσεις να εμφανίζει διαφοροποίηση από την υποβληθείσα προσφορά. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή με πλημμελή αιτιολογία έκρινε μη αποδεκτή την κρίση της

Αριθμός απόφασης: 347/2022

Επιτροπής Διαγωνισμού περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενόψει δε τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των έτερων λόγων που προβάλλει ο προσφεύγων περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

27. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και των εκτεθέντων υπό σκέψη 12, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι κατά το σκέλος που αφορά την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων με τις οποίες απορρίπτεται η προσφορά του προσφεύγοντος και κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος

29. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί

30. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 28, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει τις υπ' αριθμ. 779/30.11.2021 και 845/21.12.2021 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 4.840 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ